LA APARENTE MODESTIA DEL IMPERIO DE LA LEY

Mariano C. Melero de la Torre
Universidad Autónoma de Madrid

En su artículo «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», Francisco LAPORTA señala la «aparente modestia» con que aparece el ideal del imperio de la ley en la concepción del Estado de Derecho de Elías DÍAZ (LAPORTA, 1994: 133, 145). Dicho ideal exige el sometimiento y control del poder por medio del derecho, de modo que gobiernen las leyes por encima del capricho de los hombres. La aparente modestia de este ideal proviene de su condición de primario o básico. Según DÍAZ, no basta con la realización del imperio de la ley, puesto que «también las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (¡indiscutible imperio!) de la ley» (DÍAZ, 2002: 84). De ahí que se trate (aparentemente) de un ideal menesteroso, indigente, podríamos decir, en el sentido de que necesita ponerse al servicio de los otros ideales ético-políticos que conforman el Estado de Derecho. Para DÍAZ, el imperio de la ley debe ser el imperio de la ley democrática, «expresión de la voluntad popular», creada desde la libre participación de la ciudadanía en condiciones de igualdad. «Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de Derecho» (*ibid.*).

La posición de DÍAZ coincide aquí con la de Herbert HART en su conocida polémica con Lon FULLER (HART, 1958): los requerimientos formales propios del imperio de la ley son compatibles con un sistema de iniquidad y opresión; es más, el cumplimiento de tales requerimientos en un Estado racista como el del *apartheid*, o tiránico como el franquista, no hacen sino empeorar las cosas, dando estabilidad y determinación a regímenes injustos. Detrás de esta posición está la conocida «tesis de la separación», según la cual el imperio a través del Derecho (legalidad) no implica necesariamente un Estado moralmente valioso, puesto que esto último depende enteramente del contenido de las normas jurídicas, de su adecuación a una concepción de la justicia bien fundada. La legalidad, según la concepción positivista de HART, es un conjunto de reglas primarias y secundarias cuya validez reposa en la práctica social de la «regla de reconocimiento». El valor moral de dicho orden depende en exclusiva del contenido de las normas jurídicas, es decir, de su adecuación a una moralidad crítica independiente de todo Derecho positivo.

Pues bien, en el mencionado artículo, LAPORTA presenta su propia reflexión a partir del punto en que (aparentemente) se separa de la teoría de DÍAZ: «Yo, por el con-

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.25
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 165-170

trario, prefiero aislar [el imperio de la ley] asumiendo que puede tener *vida propia* al margen de los otros [ideales del Estado de Derecho] y reflexionar únicamente sobre él» (LAPORTA, 1994: 138, la cursiva es añadida). Estas reflexiones contienen ya el argumento básico que años más tarde desarrollaría el autor en un cuidadísimo volumen monográfico sobre este ideal ético-político (LAPORTA, 2007). Según dicho argumento, el imperio de la ley constituye un ideal independiente, cuya fundamentación descansa en el mismo valor sustantivo sobre el que se levantan los demás ideales del universo ético del Estado de Derecho: la idea de persona como agente autónomo responsable. Los requerimientos del imperio de la ley son parte imprescindible de las condiciones que hacen posible la realización efectiva de la agencia humana, puesto que, en la concepción de LAPORTA, dichos requerimientos exigen que al menos el núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico esté compuesto por un sistema de reglas. «Reglas de conducta y reglas de competencia. No principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo, sino reglas [...] porque son las reglas y su vigencia en una sociedad las que logran establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible» (*ibid.*, 84).

La posición de LAPORTA se podría definir, por tanto, como un tipo de positivismo «ético» o «normativo», una «ética del legalismo» (*ibid.*, 151): una reivindicación de la primacía de las leyes como vehículo de reglas jurídicas con el fin de recuperar los valores de seguridad jurídica y predecibilidad en un mundo con cada vez más principios y menos reglas. En este sentido, sería una posición similar a la teoría del derecho de Jeremy WALDRON (WALDRON, 2001). Evidentemente, desde este enfoque, habría que matizar mucho la idea de que el derecho puede ser el vehículo de cualquier contenido, por injusto que este sea. De entrada, podría decirse que para un positivismo ético consecuente la tesis de la separación carece de sentido. Cuando el poder se ejerce como una instancia de la producción o aplicación de normas jurídicas de acuerdo con los requisitos formales, estructurales y procesales del imperio de la ley, dicho ejercicio cobra dignidad y valor moral. Incluso un orden jurídico injusto y tiránico, en la medida que satisface los requerimientos del imperio de la ley, adquiere una autoridad o una fuerza que no depende de la coerción y la amenaza del uso de la violencia. Desde este enfoque, el imperio de la ley es «un punto de partida irrenunciable» (LAPORTA, 1994: 145), «un ingrediente de la idea de Justicia [...] uno de los ideales ético-políticos que nos dicen cómo "debe ser" el derecho positivo» (2007: 84).

Sin embargo, LAPORTA distingue el ideal del imperio de la ley de la «mera» legalidad. «La legalidad puede, sí, producir quizá una cierta "seguridad" —a veces solo una "seguridad del peligro y la inseguridad" como señaló el propio Elías DÍAZ—, pero la legalidad como tal tanto puede incorporar como traicionar las exigencias del imperio de la ley, porque este no aparece con la mera existencia de normas jurídicas, sino con la vigencia de unas normas que incorporen algunos rasgos muy particulares» (LAPORTA, 1994: 134). Pero, cabría preguntarse, ¿qué tipo de seguridad es la que proviene «del peligro y la inseguridad»?, ¿hasta qué punto cabe considerar seriamente un orden semejante como un orden jurídico?

La distinción que hace LAPORTA entre el «ser» y el «deber ser» del derecho presupone que la existencia del derecho (su validez) no depende de consideraciones morales, sino únicamente de hechos sociales. No estaríamos, por tanto, ante la tesis de

la separación entre el derecho y la moral, sino ante la tesis de «las fuentes sociales del derecho». John GARDNER, en este sentido, ha llegado a afirmar que la tesis de la separación es un «absurdo» que HART solo afirmó para dar mayor énfasis a su verdadero mensaje; en realidad, según este autor, la tesis fundamental del positivismo jurídico, en la que convergerían no solo HART, sino también BENTHAM y AUSTIN, se limitaría a afirmar que la validez de las normas jurídicas «depende de su origen, no de su mérito» (GARDNER, 2001: 201). Desde este enfoque, la legalidad, el orden jurídico en sí mismo, tiene un valor meramente instrumental, el de servir de vehículo de unas reglas con un contenido determinado. Según este enfoque, podemos considerar derecho cualquier sistema centralizado de órdenes que use prescripciones y prohibiciones, siempre que una élite de los participantes de dicho orden (fundamentalmente los jueces) pueda distinguir tales prescripciones y prohibiciones de otras normas que operen en la sociedad. La legalidad o el gobierno por medio de la ley (*rule by law*) puede no satisfacer los requerimientos del imperio de la ley (*rule of law*), sin que ello implique necesariamente negar a dicha legalidad su naturaleza jurídica. Según este positivismo jurídico «casual» (WALDRON, 2008: 14-15), los requisitos del imperio de la ley son contingentes, de modo que no nos permiten discriminar cuándo estamos ante un sistema jurídico y cuándo no. En este sentido, la modestia del imperio de la ley no solo sería aparente, sino también real.

Sin embargo, el positivismo «casual» no debería considerarse una descripción objetiva del ser del derecho. Presupone que podemos identificar el derecho únicamente mediante hechos sociales, pero esto es justamente lo que se discute en las controversias filosóficas sobre la naturaleza del derecho: ¿la validez jurídica depende únicamente de hechos sociales, o también de hechos morales? Los autores que defienden la tesis contraria a la de LAPORTA en cuanto a la identificación del derecho podrían replicar que una elaboración del ideal del imperio de la ley centrada en las propiedades que han de tener las normas como reglas jurídicas incurre en una petición de principio.

A mi juicio, cabría apreciar una conexión mucho más sustantiva entre la idea del derecho y la idea del imperio de la ley de la que LAPORTA desea reconocer. En la senda de FULLER, creo que el ideal normativo del imperio de la ley proviene de nuestro entendimiento de qué es el derecho y de cómo funciona. El ideal de fidelidad al derecho que deseemos defender dependerá en buena medida de nuestra concepción del derecho válido o, mejor, de nuestro conocimiento de cómo opera un sistema jurídico.

Lo que quiero decir puede apreciarse mejor si nos fijamos en el «ser» del derecho no como «orden estático de normas», sino como «orden dinámico de actos de aplicación de normas» a través de los tribunales y la argumentación jurídica. En la teoría de LAPORTA, el ideal regulativo del imperio de la ley conduce a una concepción formalista de los procesos de interpretación y aplicación del derecho, «puesto que la idea de que sean las reglas las que gobiernen la decisión tiene que suponer una teoría del significado del lenguaje jurídico que mantenga un razonable grado de objetividad y ello le acerca al literalismo» (2007: 191). Dicho literalismo «no es una descripción de cómo son los procedimientos de aplicación del derecho, sino una propuesta de cómo deben ser para ser coherentes con las exigencias del imperio de la ley» (*ibid.*). Ahora bien, esta determinación normativa de la aplicación del derecho presupone que

la existencia y el contenido de las normas jurídicas puede determinarse objetivamente mediante hechos sociales. En la concepción de LAPORTA, el concepto y el imperio de la ley van de la mano. De hecho, ambos se complementan y presuponen: dado que la existencia y el contenido de las normas jurídicas dependen únicamente de hechos sociales, el significado de los enunciados jurídicos puede identificarse con independencia de las posibles interpretaciones potencialmente concurrentes. Esta posición se podría denominar «positivismo jurídico del significado establecido», haciendo uso de los términos de Gerald POSTEMA en referencia a la teoría de HART (POSTEMA, 2010: 267). El significado objetivo de las palabras en que se enuncian las normas jurídicas depende «de la existencia empírica en una comunidad de un conjunto muy complejo de reglas y convenciones» (LAPORTA, 2007: 180), las cuales nos permiten comprender el significado de las oraciones sin recurrir a la evaluación moral subjetiva de dicho significado. El contenido de las normas jurídicas está (y debe estar) dentro de las cuatro esquinas del «texto» en que se enuncian, y puede (y debe) identificarse al margen de las interpretaciones potenciales en conflicto (*ibid.,* 174-182).

En el ideal del imperio de la ley de LAPORTA, los requisitos de la dimensión aplicativa del derecho solo adquieren relevancia en cuanto al resultado que se espera obtener de ellos. En palabras de Elías DÍAZ, la organización judicial (facultada no solo para resolver desacuerdos entre particulares, sino también para supervisar la legislación emanada del órgano parlamentario y la acción del poder ejecutivo y la Administración) tiene como principal función «restaurar el orden violado y reajustar la situación rota» por actos o disposiciones ilegales (DÍAZ, 1971: 45, citado en LAPORTA, 1994: 143). Precisamente porque su única función reside en el resultado, LAPORTA deja sin desarrollar los «principios de Justicia Natural», es decir, los principios que rigen el procedimiento específico por el que se logra dicho resultado y que hacen referencia a la «dimensión argumentativa» del derecho. Para él, las dos dimensiones del imperio de la ley (la dimensión formal o estructural y la dimensión argumentativa) se deben poner a contribución de la predecibilidad y la seguridad jurídica. En su elaboración monográfica, la argumentación y la interpretación jurídicas aparecen como remedios frente a las «lagunas» del derecho, es decir, como algo que solo se necesita en aquellos casos problemáticos en que se pone en riesgo el imperio de las reglas jurídicas como ideal regulativo. En la mayoría de los casos, por tanto, debemos suponer que será suficiente la identificación autoritativa de normas jurídicas mediante el uso de una regla de reconocimiento.

A mi juicio, sin embargo, la dimensión argumentativa de la aplicación del derecho exige una concepción filosófica del derecho distinta a la que presupone el ideal del sistema de reglas jurídicas de significado establecido. Desde esta concepción alternativa, la legalidad «en sí misma» supone un tipo de orden social que protege mejor que otros (como, por ejemplo, el gobierno gerencial o el gobierno por decreto) contra los abusos del poder político. Se trata, por tanto, de una concepción del derecho más rica y discriminante, que no se identifica simplemente con cualquier orden social en el que se gobierne «por medio del» derecho (*rule by law*). Diversos autores han denominado dicho orden con diferentes nombres: una «cultura de la argumentación» (WALDRON, 2008: 56) o un «*ethos* de la rendición de cuentas» («*an ethos of accountability*», POSTEMA, 2010: 1857). Como es evidente, esta concepción del derecho es plenamente valora-

tiva y no pretende reflejar de modo objetivo ninguna realidad empírica ya existente. El derecho, según esta concepción, define un modo específico de gobierno que es valioso tener y que es importante distinguir de otras formas de ordenación social. Los autores que, como Ronald DWORKIN, han puesto el énfasis en la dimensión argumentativa del derecho, parten de la tradición hermenéutica que considera la «interpretación» como la gran herramienta para conocer el sentido de las prácticas sociales. «Proyectada sobre el derecho», afirma el propio LAPORTA, «esa tradición trata de poner en pie más bien una auténtica teoría o concepción alternativa del derecho que un acercamiento al problema de la interpretación de las fuentes» (2007: 172). Para esta concepción alternativa del derecho, los desacuerdos en la determinación del derecho no son una patología ocasional de los sistemas jurídicos, sino un aspecto característico de la práctica jurídica.

LAPORTA fundamenta la dimensión argumentativa del imperio de ley en su contribución a la seguridad jurídica y, como consecuencia, a la autonomía personal, pero no ve en el «proceso debido» una de las condiciones indispensables para la efectiva realización de la agencia humana. Ahora bien, si el imperio de la ley es deseable porque bajo él se dan las condiciones en las que puede ejercerse la autonomía personal, es claro que entre tales condiciones no puede faltar la oportunidad de participar en la administración de la cosa pública a través del procedimiento judicial. Según la descripción que da el propio LAPORTA, el «proceso debido» exige que las partes de estos procedimientos dispongan «en condiciones equitativas, de medios de prueba y de posibilidades de presentar argumentos en la medida más amplia posible» (1994: 143). El problema es que esta dimensión argumentativa del imperio de la ley convive en tensión con las aspiraciones de determinación y certeza que se sustentan en la dimensión formal y estructural de dicho ideal. Pero no por ello deberíamos dejar de ver que las exigencias del «proceso debido» (es decir, del ideal que rige cómo deben ser los recursos y procedimientos de administración de justicia) nos ofrecen una idea fundamental acerca de qué es y cómo opera un sistema jurídico. En términos de WALDRON, en la dimensión argumentativa del imperio de la ley encontramos «que el derecho es una forma de gobierno que trata con respeto a las personas, como si estas tuvieran una visión propia que defender en la aplicación de una norma dada a su conducta o situación» (2008: 23). Los tribunales, el procedimiento judicial y la argumentación jurídica no son opciones ocasionales o contingentes de un sistema jurídico, sino una parte integral de cómo este opera y un aspecto indispensable de cómo el derecho respeta y promueve la agencia humana. De ahí que su investigación filosófica nos permita conocer también el deber ser del derecho, es decir, el ideal del imperio de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ, E., 1971: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus.

— 2002: «Estado de Derecho y legitimidad democrática», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.

GARDNER, J., 2001: «Legal Positivism: 5 1/2 Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46.

HART, H., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71.

LAPORTA, F., 1994: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa*, 15-16.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

POSTEMA, G., 2010: «Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism», en P. CANE (ed.), *The Hart-Fuller Debate in Twenty-First Century*, Oxford: Hart Publishing.

WALDRON, J., 2001: «Normative (or Ethical) Positivism», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to «The Concept of Law»*, Oxford: Oxford University Press.

— 2008: «The Concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review*, 43/1.